

# **EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EXTENSIÓN DE LOS CRÍMENES DE GUERRA A LOS CONFLICTOS ARMADOS DE CARÁCTER NO INTERNACIONAL Y OTROS DESARROLLOS RELATIVOS AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**

SILVIA A. FERNÁNDEZ DE GURMENDI \*

## **I. INTRODUCCIÓN**

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional adoptado el 17 de julio de 1998 codifica por primera vez los crímenes de guerra de manera orgánica y detallada. El art. 8 del Estatuto contiene la lista de actos más amplia y precisa hasta ahora incluida en un instrumento multilateral vinculante. La amplitud de esta lista refleja la tendencia creciente a “criminalizar” la comisión de actos prohibidos por el derecho internacional de manera de hacer efectiva la responsabilidad penal individual. Su grado de precisión refleja la interpretación estricta del principio de legalidad que guió la tarea de codificación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional.

Al igual que para los demás crímenes, en la codificación de los crímenes de guerra se aceptó como premisa que no se debían crear nuevas figuras penales sino meramente receptar en el Estatuto aquellas ya consagradas en el derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, la lista de crímenes de guerra contiene innovaciones importantes. En primer lugar, se extiende el concepto a las violaciones de derecho internacional humanitario cometidas en conflictos armados no internacionales. En segundo lugar, se incluyen nuevas categorías de actos, hasta entonces no considerados como crímenes de guerra. La codificación así efectuada representa un progreso considerable para la represión y sanción de violaciones del derecho internacional humanitario. Sin subestimar estos avances, cabe también lamentar algunas ausencias y reconocer falencias

\* Diplomática de la República Argentina. Vicepresidente de la Comisión Plenaria de la Conferencia Diplomática de Roma. Presidente del Grupo de Trabajo de Reglas de Procedimiento y Prueba y del Grupo de Trabajo sobre el Crimen de Agresión de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Actual jefa del Gabinete del fiscal general de la Corte Penal Internacional.



resultantes de las concesiones y compromisos efectuados a lo largo del extenso y complejo proceso de negociaciones del Estatuto de Roma y de sus instrumentos complementarios <sup>1</sup>.

## II. LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE CRÍMENES DE GUERRA A LOS CONFLICTOS INTERNOS

La ampliación del concepto de crimen de guerra a los conflictos armados de carácter no internacional constituye, sin lugar a dudas, la innovación más importante. Para comprender el significado y alcance de esta ampliación resulta útil analizar los sucesivos progresos realizados en esta materia a partir de la creación de los tribunales especiales para la ex Yugoslavia y Ruanda.

### 1. La exclusión de los conflictos internos del proyecto de Estatuto de la CDI

El proyecto de la CDI incluía en la competencia de la Corte dos categorías de crímenes, los de derecho internacional consuetudinario y los de interés internacional definidos en tratados, que estaban listados en un anexo al proyecto de Estatuto.

La Comisión indicaba en el comentario a su proyecto que los criterios para la selección de determinados tratados habían sido:

“Que los crímenes mismos se definen en el tratado de manera que un tribunal penal internacional puede aplicar ese tratado como derecho en relación con el crimen, con sujeción a la garantía *nullum crimen* [...].

”Que el tratado crea un sistema de competencia universal basado en el principio *aut dedere aut judicare* o la posibilidad de que un tribunal penal in-

<sup>1</sup> Este proceso de negociaciones se extiende desde 1995 hasta 2002 y reconoce varias etapas. En la etapa preparatoria de la Conferencia de Roma, las negociaciones tuvieron lugar en el Comité Especial (1995) y el Comité Preparatorio (1996-1998) sobre el Establecimiento de la Corte Penal Internacional creados por la Asamblea General de las Naciones Unidas con el objetivo de discutir el proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional preparado por la Comisión de Derecho Internacional. Ambos Comités estuvieron abiertos a la participación de todos los Estados miembros y observadores de las Naciones Unidas y agencias especializadas así como a las organizaciones no gubernamentales. Su labor modificó considerablemente el proyecto original de la Comisión de Derecho Internacional y condujo a la Conferencia Diplomática de Roma (junio-julio 1998), en la que, después de cinco semanas de negociaciones, se adoptó el Estatuto de la Corte Penal Internacional por 120 votos a favor y 7 en contra. Al concluir la Conferencia de Roma, se constituyó la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional para elaborar los instrumentos complementarios del Estatuto y recomendar todas las medidas necesarias para el funcionamiento efectivo de la Corte Penal Internacional. La Comisión Preparatoria concluyó sus labores en julio de 2002. Los instrumentos y demás medidas recomendados por ella fueron aprobados en la Primera Reunión de la Asamblea de Estados Partes celebrada del 3 al 10 de septiembre de 2002. Los instrumentos jurídicos más importantes son los elementos de los crímenes y las reglas de procedimiento y prueba.



ternacional enjuicie el crimen, o ambas cosas, reconociendo así claramente el principio de interés internacional”<sup>2</sup>.

Con relación a los crímenes de guerra, el proyecto también distinguía entre crímenes de derecho internacional consuetudinario y crímenes definidos por tratados. Los primeros se denominaban “violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados”<sup>3</sup>. Bajo la categoría de crímenes definidos en disposiciones de tratados, se incluían las infracciones graves a cada uno de los Convenios de Ginebra del 12 de abril de 1948 y las infracciones graves enumeradas en el art. 85, Protocolo Adicional I de 1977<sup>4</sup>. En su comentario, la Comisión admitía que la categoría de crímenes de guerra de derecho consuetudinario podía coincidir en parte con la categoría de infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I<sup>5</sup>.

Siguiendo los criterios generales de selección de tratados, la Comisión explicaba que se habían excluido aquellos que simplemente regulaban o prohibían una conducta en el ámbito interestatal sin contemplar disposiciones relativas a la responsabilidad penal individual ni un sistema de jurisdicción universal. Por esta razón se había excluido, entre otros, al Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional de 1977, el cual, afirmaba, prohíbe conductas pero no contiene cláusulas relativas a infracciones graves<sup>6</sup>.

De estos comentarios, resulta claro que la CDI hizo suya la posición de considerar que la tipificación de ciertas conductas como crímenes de guerra comportaba necesariamente dos elementos. En primer lugar, que pudiera hacerse efectiva la responsabilidad individual de los autores del hecho. En segundo lugar que contemplara la obligación para cada Estado de ejercer jurisdicción sobre la base del principio de jurisdicción universal mediante el mecanismo de *aut dedere aut iudicare*.

Como consecuencia de este razonamiento, bajo cualquiera de las dos categorías de crímenes, derecho consuetudinario o tratados, el proyecto solamente incluía violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en conflictos armados de carácter internacional. En efecto, según la Comisión, la represión penal del derecho internacional humanitario se limitaba a violaciones del Reglamento Anexo a la Convención de La Haya IV de 1907 y, fundamen-

<sup>2</sup> Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 46º período de sesiones, 2 de mayo a 22 de julio de 1994, Asamblea General, Documentos oficiales, 49º período de sesiones, Suplemento nro. 10 (A/49/10), p. 52, ver. asimismo, ps. 107/110.

<sup>3</sup> Art. 20 c).

<sup>4</sup> Art. 20 e) y Anexo.

<sup>5</sup> Informe de la CDI, cit., nota 2, p. 49.

<sup>6</sup> Informe de la CDI, cit., p. 109.



talmente, a las denominadas infracciones graves a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de abril de 1949 y al Protocolo Adicional I de 1977 <sup>7</sup>.

Los comentarios de la CDI y la percepción restrictiva del sistema de represión penal del derecho internacional humanitario, limitado esencialmente a las infracciones graves, reflejan lo que a la época de la elaboración de su proyecto constituía la posición generalmente aceptada en esta materia y que conducía a excluir totalmente del sistema de represión penal a las violaciones cometidas en conflictos armados no internacionales. Efectivamente, la interpretación entonces generalizada era que ninguna de las disposiciones relativas a conflictos armados internos, esto es ni el art. 3, común de los Convenios de Ginebra ni el Protocolo Adicional II, se integraban al sistema penal por no proveer expresamente las bases para la criminalización de las conductas ni la jurisdicción universal sobre los individuos penalmente responsables <sup>8</sup>.

## 2. Los Tribunales especiales para la ex Yugoslavia y Ruanda

El Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia de 1993 no incluyó, para determinar los crímenes de competencia del Tribunal, ni al art. 3, común ni al Protocolo Adicional II de 1977. Solamente comprende las “infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949” y las “violaciones a leyes y usos de la guerra”. De conformidad con lo expresado en el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, estas últimas se referían a la Convención de La Haya de 1907 sobre normas y usos aplicables a la guerra terrestre y Reglamento anexo, tal cual fueron interpretadas y aplicadas por el Tribunal de Nuremberg <sup>9</sup>.

Resulta poco claro si la exclusión de normas aplicables a conflictos internos provino de considerar el conflicto de la ex Yugoslavia en su totalidad como un conflicto de carácter internacional. El Estatuto nada dice al respecto en for-

<sup>7</sup> Cabe recordar, que las infracciones graves a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 están contempladas respectivamente en los arts. 50, 51, 130 y 147. Los Convenios solamente incluyen violaciones del denominado “Derecho de Ginebra”, es decir aquellas disposiciones destinadas a la protección de aquellos que no forman parte o han dejado de formar parte de las hostilidades, a saber los heridos y enfermos, náufragos, prisioneros de guerra y civiles protegidos. El Protocolo I agregó nuevas infracciones graves referidas al denominado “Derecho de La Haya”, que abarca las reglas que regulan la conducción de las hostilidades como tales. Estas infracciones, contempladas en los arts. 85, párrs. 3 y 4, Protocolo I se refieren en gran parte a conductas ya prohibidas bajo las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y que habían sido declaradas crímenes de guerra por la Carta y jurisprudencia de Nuremberg, con valor consuetudinario, al menos desde entonces. Respecto de estas infracciones, al igual que con relación a las infracciones graves de los Convenios de Ginebra, los Estados Parte se obligan a adoptar la legislación para criminalizar internamente estas conductas y para enjuiciar o extraditar a los autores, sin importar su nacionalidad o el lugar de comisión del hecho.

<sup>8</sup> PLATTNER, Denise, “The Penal Repression of Violations of International Humanitarian Law Applicable in Non-international Armed Conflicts”, 30 *International Review of the Red Cross*, 1990, ps. 409 a 414.

<sup>9</sup> Report of the Secretary General, *supra* nota 8, p. 11.



ma explícita y el art. 5, sobre crímenes de lesa humanidad, agrega cierta ambigüedad al señalar que el Tribunal tendrá competencia sobre crímenes de lesa humanidad cometidos en conexión con un conflicto armado de carácter internacional o interno <sup>10</sup>.

En todo caso, la caracterización del conflicto que posteriormente hizo el Tribunal, en el caso “Tadic” <sup>11</sup> y su propia interpretación de la normativa aplicable significaron una novedosa extensión del concepto de crímenes de guerra y una importante confirmación judicial de que las violaciones cometidas en conflictos armados no internacionales también constituyen crímenes de guerra. Con relación a la naturaleza misma del conflicto, la sala de Apelaciones consideró que el conflicto en la antigua Yugoslavia revestía aspectos tanto internos como internacionales que debían ser considerados por las salas de juicio de manera de determinar en cada caso particular su carácter interno o internacional <sup>12</sup>. Esta aseveración, quizás cuestionable desde el punto de vista del conflicto mismo, permitió, sin embargo, una bienvenida expansión del contenido de crímenes de guerra para incluir también las violaciones cometidas en conflictos internos (incluyendo violaciones al art. 3, común y al Protocolo II).

Respecto del alcance del artículo del Estatuto del Tribunal relativo a “violaciones de las leyes y usos de la guerra”, la sala de Apelaciones mantuvo que esta disposición iba mucho más allá del Reglamento anexo a la Convención de La Haya de 1907 identificado por el secretario general. De conformidad con la sala, el art. 3 del Estatuto incluye:

“todas las violaciones del derecho internacional humanitario además de las infracciones graves de los cuatro Convenios de Ginebra” <sup>13</sup>.

Para formular esta afirmación, la sala de Apelaciones se basó en las declaraciones formuladas en el Consejo de Seguridad por los representantes de Francia, Reino Unido y los Estados Unidos al adoptarse el Estatuto del Tribunal, a las que consideró como interpretación auténtica en razón de la falta de objeciones por parte de los otros miembros del Consejo. Conforme con estas declaraciones, el art. 3 incluía todas las obligaciones derivadas del derecho internacional humanitario vigentes en el territorio de la ex Yugoslavia en el momento de la comisión de los crímenes, incluyendo las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra que no sean las infracciones graves y de los Protocolos Adicionales a dichos Convenios de 1977 <sup>14</sup>.

<sup>10</sup> ALDRICH, George. H., “Jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia”, AJIL, January 1996, vol. 90, nro. 1, p. 66.

<sup>11</sup> “Prosecutor v. Tadic”, case IT-94-I-AR72, Appeal on Jurisdiction, 2 de octubre de 1995.

<sup>12</sup> *Idem*, párr. 77.

<sup>13</sup> *Idem*, párr. 87.

<sup>14</sup> *Idem*, párrs. 94 y 143.



Con relación al art. 3, común de los Convenios de Ginebra, la sala efectuó una aseveración fundamental al señalar que:

“...el derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad penal individual por graves violaciones del art. 3, común”<sup>15</sup>.

En el caso “Tadic”, la Cámara de Apelaciones del Tribunal para la ex Yugoslavia había señalado que:

“...lo que es inhumano y consecuentemente prohibido en las guerras internacionales no puede sino ser inhumano e inadmisible en la lucha interna”<sup>16</sup>.

En el caso “Celebici” la sala de Juicio del mismo Tribunal se preguntó si no existía la posibilidad de reconocer que el derecho consuetudinario hubiese desarrollado las disposiciones de los Convenios de Ginebra sobre graves infracciones para hacerlas aplicables también a conflictos internos<sup>17</sup>.

Pero es, sin duda, el Estatuto del Tribunal para Ruanda el que da un salto explícito y claro en el sentido de considerar como crímenes de guerra a las violaciones de derecho internacional humanitario cometidas en el marco de conflictos armados no internacionales. El Estatuto claramente diseñado sobre la premisa de que el conflicto de Ruanda era no internacional confiere al Tribunal, en su art. 4, competencia por violaciones al art. 3, común de los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II a dichos convenios del 8 de junio de 1977<sup>18</sup>. En un informe posterior a la creación del Tribunal, el secretario general indica que con el Estatuto para Ruanda, el Consejo de Seguridad claramente adoptó un enfoque más expansivo que para la ex Yugoslavia, al incluir algunos instrumentos con independencia de su carácter de norma consuetudinaria y con independencia de si, con arreglo al derecho consuetudinario, eran considerados como base de responsabilidad individual de los autores. Así el art. 4, Estatuto incluye violaciones del Protocolo II, al cual no se le reconoce aún valor consuetudinario y por primera vez criminaliza a las violaciones de art. 3, común, que sí tiene valor consuetudinario pero no es una base reconocida para hacer efectiva la responsabilidad individual<sup>19</sup>.

En el caso particular de Ruanda, el valor consuetudinario o no de las normas citadas no constituía en sí mismo un problema, dado que Ruanda era parte tanto de los Convenios de Ginebra como de los Protocolos Adicionales. Pero la consagración del art. 3, común y del Protocolo II para incriminar penalmente a autores individuales de las violaciones sí constituía un paso sin precedentes

<sup>15</sup> *Idem*, párrs. 128 y ss. Traducción nuestra.

<sup>16</sup> Decisión sobre competencia, párr. 119. Traducción nuestra.

<sup>17</sup> ICTY, “Prosecutor v. Delalic *et al.* (Celebici case)”, Judgement, case IT-96-21-T, T. Ch. IIqtr, 16 de noviembre de 1998, párrs. 202, 235. No obstante, la sala no juzgó necesario pronunciarse sobre esta cuestión dado que en este caso el conflicto fue considerado de carácter internacional.

<sup>18</sup> Res. 955/1994. S/RES/955 (1994).

<sup>19</sup> UN Doc. S/1995/134.



que vino a remediar una de las principales falencias del derecho internacional humanitario <sup>20</sup>.

Este importante reconocimiento diluyó pero no hizo desaparecer el tradicional tratamiento dispar de conflictos internacionales y conflictos internos. Cabe recordar que el art. 3, común, de gran importancia por cierto, no es otra cosa que una enunciación de ciertas normas mínimas básicas de humanidad. Aunque ampliadas y precisadas por el Protocolo Adicional II, el conjunto de normas aplicables a los conflictos internos es cuantitativamente y cualitativamente mucho menor que el conjunto de normas que se aplican en conflictos armados de carácter internacional. Así, el Estatuto de Ruanda no incluye disposiciones sobre infracciones graves, lo que refleja el reconocimiento de que éstas son solamente aplicables a los conflictos internacionales. Tampoco contiene disposición alguna equivalente al art. 3 del Estatuto para la ex Yugoslavia, referido a la Convención de La Haya de 1907 para la conducción de hostilidades, lo cual refleja la doctrina hasta entonces predominante de que el Derecho de La Haya era solamente aplicable a conflictos armados de carácter internacional.

### 3. El Estatuto de Roma

El Estatuto de Roma representa el primer tratado multilateral por el que se reconoce que actos cometidos en conflictos armados no internacionales pueden constituir crímenes de guerra.

#### 3.1. *El proceso de negociaciones del art. 8 sobre crímenes de guerra*

En los debates que tuvieron lugar en el Comité Especial y en el Comité Preparatorio <sup>21</sup> sobre crímenes de guerra se cuestionó por confusa la terminología propuesta por la Comisión de Derecho Internacional que se refería a “violaciones graves”, “crímenes excepcionalmente graves” y a “infracciones graves” <sup>22</sup>. Se consideró preferible utilizar un único concepto, crímenes de guerra, para englobar a todas las violaciones de derecho internacional humanitario de competencia de la Corte Penal.

La mayor dificultad fue seleccionar las violaciones que debían incluirse bajo el concepto de crímenes de guerra, que tenían que reunir tres característi-

<sup>20</sup> MERON, Theodor, “International Criminalization of Internal Atrocities”, AJIL, vol. 89, nro. 3, julio 1995, p. 561.

<sup>21</sup> Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court, General Assembly, Official Records, Fiftieth Session, Supplement nro. 22 (A/50/22), p. 15 e Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, vol. I (actuaciones del Comité Preparatorio en los períodos de sesiones de marzo y abril y de agosto de 1996), Asamblea General, Documentos oficiales, Quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento 22 (A/51/22), p. 21.

<sup>22</sup> Términos utilizados respectivamente en el art. 20, c) y e) y Anexo del Proyecto de Estatuto.



cas: i) ser de rango consuetudinario; ii) contener bases para la responsabilidad individual; y iii) ser suficientemente graves para ser de la competencia de la Corte. Más allá de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra y violaciones provenientes de los Convenios de La Haya y Reglamento Anexo, existieron divergencias respecto de todas las otras fuentes normativas, incluyendo el Protocolo Adicional I, al cual algunas delegaciones cuestionaban el valor consuetudinario de algunas de sus disposiciones.

Las verdaderas negociaciones sobre los crímenes de guerra comenzaron en 1997 con la presentación en el Comité Preparatorio de sendas propuestas, por los Estados Unidos y por las delegaciones de Suiza y Nueva Zelanda. La combinación de ambas propuestas tuvo gran influencia en las negociaciones que siguieron y en la estructura y contenido del actual art. 8. La propuesta de los Estados Unidos era el resultado de consultas previas con Francia, Reino Unido y Japón <sup>23</sup>. La presentación de Nueva Zelanda y Suiza formalizaba y daba carácter gubernamental a una propuesta elaborada por el Comité Internacional de la Cruz Roja <sup>24</sup>. Detrás de ésta se encolumnaba la mayoría de las delegaciones favorables a fortalecer y ampliar al máximo la competencia de la Corte Penal Internacional <sup>25</sup>.

Ambas propuestas contemplaban, entre los crímenes de guerra, a las infracciones graves de los Convenios de Ginebra y a las violaciones del art. 3, común. Por lo demás, los textos tenían divergencias importantes. La propuesta de los Estados Unidos nutría la categoría de “otras violaciones graves” con provisiones provenientes del Reglamento de La Haya. En cambio, la propuesta de Nueva Zelanda y de Suiza, mucho más extensa, recogía, entre otras normas, a las infracciones graves del Protocolo Adicional I y las disposiciones del Protocolo Adicional II.

A fin de procurar conciliar posiciones, se celebraron en 1997 dos sesiones informales en Bonn de las que participaron mayoritariamente delegaciones miembros de la OTAN y otros países occidentales. Como resultado de estas reuniones, se preparó un documento que incluía las infracciones graves de los Convenios de 1949 y una mezcla de disposiciones provenientes del Reglamento de La Haya y del Protocolo Adicional I. Para los conflictos internos se incluían violaciones al art. 3, común y otras disposiciones consideradas esenciales en la conducción de este tipo de conflictos <sup>26</sup>. Este documento fue aceptado como base de negociaciones en la

<sup>23</sup> A/AC.249/1997/WG.1/DP.1, 14 de febrero de 1997.

<sup>24</sup> A/AC/C.249/1997/WG. 1/DP.2, 14 de febrero de 1997.

<sup>25</sup> En particular las delegaciones provenientes del grupo de países con posiciones afines o grupo de países *like minded*. Los Estados promotores de la Corte Penal Internacional se nuclearon en este grupo, que en la etapa preparatoria fue liderado por Canadá. Durante la Conferencia de Roma y, con posterioridad, durante la Comisión Preparatoria, el grupo de países fue coordinado por Australia y llegó a contar con 60 miembros aproximadamente.

<sup>26</sup> Papel de Bonn en A/AC.249/1977/WG.1/CRP.8, del 5 de diciembre de 1977.



reunión de diciembre de 1997 del Comité Preparatorio pero no logró obtener el consenso esperado. En el proyecto de Estatuto remitido por el Comité Preparatorio a la Conferencia Diplomática, en abril del año siguiente, el artículo sobre crímenes de guerra planteaba aún grandes divergencias respecto de prácticamente todas las cuestiones con la única excepción de las infracciones graves que constituían hasta entonces el único común denominador.

El actual art. 8 del Estatuto solamente sería aceptado hacia el final de la Conferencia de Roma en el que finalmente se logró un compromiso para incluir dentro de la competencia de la Corte crímenes cometidos en conflictos armados no internacionales. Esta inclusión había sido resistida a lo largo de las negociaciones por razones jurídicas, argumentándose tanto la falta de bases para la responsabilidad individual del art. 3, común y del Protocolo Adicional II como el carácter no consuetudinario de este último. Pero la inclusión de estas normas también fue resistida por razones de pretendido realismo político, señalando que su consagración en el Estatuto frustraría la participación universal en el mismo <sup>27</sup>. Afortunadamente prevaleció la posición mayoritaria a favor de esta inclusión, considerada un aspecto clave del diseño de una corte penal fuerte y eficaz, en razón de que buena parte de los conflictos recientes eran, en su totalidad o en parte, de carácter no internacional.

### *3.2. Los actos prohibidos en conflictos internacionales y en conflictos internos*

El Estatuto de Roma representa un progreso gigantesco hacia la asimilación de ambos tipos de conflictos armados, internos e internacionales, pero no llega a equipararlos totalmente. Tanto la estructura del art. 8 como el contenido de las diversas categorías de actos mantienen la separación tradicional entre ambos tipos de conflictos. La lista de conductas prohibidas en conflictos internos no se limita al mínimo exigido por el art. 3, común pero no llega a ser tan extensa como la lista de conductas prohibidas en conflictos de índole internacional.

El art. 8, ap. 2 del Estatuto de Roma estructura la lista de crímenes de guerra en cuatro subcategorías de actos. Las dos primeras referidas a conflictos armados internacionales, las dos últimas a conflictos armados que no sean de índole internacional.

#### *3.2.1. Los actos prohibidos en conflictos armados internacionales. La reducida lista de armamentos*

Se consideran crímenes de guerra las *infracciones graves* de los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (art. 8, ap. 2, inc. a)) y otras vio-

<sup>27</sup> Informe del Comité Preparatorio, cit., nota 21, p. 21.



*laciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional* (art. 8, ap. 2, inc. b)).

Dentro de *otras violaciones graves*, se incluye una combinación de normas extraídas del Reglamento relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, Anexo al Convenio de La Haya de 1907, del Protocolo Adicional I y de disposiciones provenientes de otras fuentes <sup>28</sup>, incluyendo la Convención sobre Protección del Personal de las Naciones Unidas y Personal Asociado <sup>29</sup>, el art. 3, común de los cuatro Convenios de Ginebra <sup>30</sup>, y la Convención sobre los Derechos del Niño <sup>31</sup>.

Entre las violaciones graves se incluye la utilización en conflictos armados internacionales de los siguientes tipos de armamentos: veneno o armas envenenadas <sup>32</sup>; gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo <sup>33</sup> y balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones <sup>34</sup>.

Esta breve lista de tres categorías de armamentos se ve acompañada de una cláusula residual que incluye la prohibición de emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra sean objeto de una prohibición completa y se incluyan en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con los arts. 121 y 123 <sup>35</sup>.

La última disposición citada, que habilita a una ampliación futura de la lista de armamentos, es reveladora del descontento generalizado por esta reducida lista de armamentos, que después de extensas negociaciones excluyó las armas de destrucción masiva, tanto las nucleares como las químicas y bacteriológicas o biológicas.

<sup>28</sup> Para un análisis detallado de cada categoría de actos y su fuente respectiva ver comentarios al art. 8 sobre crímenes de guerra formulados en TRIFTERER, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article*, 1999, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, ps. 181 a 254.

<sup>29</sup> Art. 8, b, iii).

<sup>30</sup> Art. 8, b, xxi).

<sup>31</sup> Art. 8, b, xxvi).

<sup>32</sup> Art. 8, 2, b, xvii). Esta disposición es idéntica al art. 23 (a) del Reglamento Anexo de la Convención de La Haya IV de 1907.

<sup>33</sup> Art. 8, 2, b, xviii). Esta disposición proviene del Protocolo de Ginebra de 1925 para la prohibición del uso en la guerra de gases asfixiantes, venenosos y otros gases y de métodos bacteriológicos de guerra.

<sup>34</sup> Art. 8, 2, b, xix). Esta disposición proviene de la Declaración de La Haya III de 1899 sobre armas que se hinchaban o aplastaban fácilmente en el cuerpo humano.

<sup>35</sup> Art. 8, 2, b, xx).



El proyecto de Estatuto de la CDI no incluía referencia alguna a armamentos prohibidos pero ya en las negociaciones previas a la Conferencia de Roma se registró una tendencia mayoritaria en el sentido de listar armas de uso prohibido por el derecho internacional consuetudinario <sup>36</sup>, cuyo uso constituía las violaciones graves de competencia de la Corte. El proyecto de Estatuto que fue remitido por el Comité Preparatorio a la Conferencia Diplomática de Roma contenía dos alternativas posibles. Una, la de efectuar simplemente una prohibición genérica de todas aquellas armas y métodos de guerra que por su propia naturaleza causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados. Esta opción era objetada por su vaguedad y dudosa compatibilidad con el principio de legalidad. Como alternativa, se presentaban variantes de listas de armamentos, diferentes entre sí por su carácter taxativo o no y por el carácter más o menos amplio de la lista. En su versión más amplia se incluían, además de las que hoy figuran en el Estatuto, a las armas bacteriológicas o biológicas, las armas químicas, las armas nucleares, las minas antipersonales y las armas láser cegadoras.

Desafortunadamente no se logró el consenso necesario para incorporar este tipo de armamentos al Estatuto de Roma. Numerosas delegaciones apoyaron la inclusión de minas antipersonales y armas láser cegadoras pero ninguna de las convenciones referidas a este tipo de armamentos había entrado aún en vigor a la fecha de la Conferencia de Roma, lo cual permitió poner en duda el carácter consuetudinario de ambos tipos de prohibiciones.

La divergencia central se situó en torno a la prohibición de las armas nucleares, la cual tuvo como telón de fondo a las explosiones nucleares efectuadas poco tiempo antes de la Conferencia de Roma por India y Pakistán. Propiciaban la prohibición de armas nucleares Nueva Zelanda y países de la región del Pacífico, países árabes y también algunos países de África, Asia y América latina, entre estos últimos, México, en particular. Era obvio, sin embargo, que la cuestión de la legalidad de las armas nucleares no era susceptible de ser resuelta en el marco de las negociaciones para establecer la Corte Penal Internacional. Su prohibición, resistida de plano por las potencias nucleares, hubiera significado, lisa y llanamente, el fracaso de la creación de la Corte.

La prohibición de las armas nucleares, armas de destrucción masiva de los ricos, era, no obstante, condición de la prohibición de las armas bacteriológicas

<sup>36</sup> Sobre la historia de las negociaciones de esta cuestión ver HEBEL, Herman von - DARRYL, Robinson, "Crimes within the Jurisdiction of the Court", en LEE, Roy S. (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1999, ps. 113/116; MERON, Theodor, "Crimes under the Jurisdiction of the International Criminal Court", en HERMAN, Hebel von *et al.* (ed.), *Reflections on the International Criminal Court*, TMC Asser Press, The Hague, 1999, ps. 47/55; COTTIER, Michael, "Preliminary remarks on subparagraphs xviii-xx: Prohibited weapons: Drafting history", en TRIFTTERER, Otto (ed.), *Commentary...*, cit., nota 28, ps. 239/244.



o biológicas, armas de destrucción masiva de los pobres. Al no lograrse acuerdo sobre las primeras, la Mesa del Comité Plenario decidió en una fórmula salomónica la exclusión de todas las armas de destrucción masiva, acompañada de la citada fórmula residual que habilita a la ampliación de la lista en el futuro <sup>37</sup>.

A pesar de este compromiso, cabe destacar que la exclusión de armas nucleares fue resistida hasta último momento y provocó la presentación de una enmienda por parte de la India, inmediatamente antes de la adopción del Estatuto <sup>38</sup>.

### 3.2.2. *Los actos prohibidos en los conflictos armados de índole no internacional*

Se incluyen las *violaciones graves del art. 3 común* a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (art. 8, ap. 2, inc. c) y otras *violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional* (art. 8, ap. 2, inc. e).

La lista de *otras violaciones graves* deriva de varias fuentes, incluyendo el Reglamento de La Haya, los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II. La lista es en gran medida idéntica a la de violaciones graves cometidas en conflictos internacionales, con ligeros ajustes de redacción para tener en cuenta la diferente naturaleza del conflicto. Esta lista es más extensa que las conductas prohibidas en el Protocolo Adicional II aunque la gran mayoría de ellas también encuentra apoyo en el Protocolo Adicional II. La disposición referida al desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto <sup>39</sup> es la única que no encuentra una equivalente en la sección referida a conflictos internacionales y fue tomada del art. 17.1, Protocolo Adicional II. No existe disposición comparable en instrumentos relativos a conflictos armados internacionales <sup>40</sup>.

Cabe destacar que están notablemente ausentes del listado todas las disposiciones relacionadas con armas prohibidas en conflictos internacionales, lo que refleja que estas prohibiciones no resultan aún aplicables a conflictos armados de carácter no internacional.

### 3.3. *La definición de conflictos armados no internacionales*

A fin de facilitar la aceptación de normas sobre conflictos no internacionales, se incorporaron en el art. 8 elementos para una definición de estos con-

<sup>37</sup> Propuesta de la Mesa sobre la Parte 2, A/CONF. 183/C.1/L.59.

<sup>38</sup> A/CONF.183/C.1/94.

<sup>39</sup> Art. 8, e) viii).

<sup>40</sup> HEBEL, Herman von - DARRYL, Robinson, "Crimes...", cit., nota 36, p. 119.



flictos extraídos del Protocolo Adicional II, de manera de exigir ciertos requerimientos mínimos para la aplicación de las normas respectivas.

En primer término, se aclara que la disposición por la que se criminalizan las violaciones al art. 3, común no se aplica a situaciones de disturbios o tensiones internos, tales como motines, actos aislados y esporádicos u otros actos de carácter similar <sup>41</sup>.

En segundo término, se precisa que no se aplicarán a esas situaciones de disturbio y violencia interna las disposiciones por las que se criminalizan las otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internos contempladas en la sección e) del art. 8 <sup>42</sup>. Se señala finalmente que estas disposiciones solamente se aplicarán:

“...a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos” <sup>43</sup>.

Se incorporó con esta última frase un umbral para ejercer jurisdicción respecto de otras violaciones graves que es más exigente que el requerido para activar la competencia por violaciones al art. 3, común. Este umbral, inspirado en el art. 1 (1), Protocolo Adicional II es, sin embargo, menos exigente que el definido en dicho Protocolo. Cabe recordar que éste se aplica solamente a conflictos internos que se desarrollen entre las fuerzas armadas de una parte y fuerzas o grupos armados disidentes que tengan además control efectivo sobre una parte del territorio. Tomando en cuenta la experiencia recogida en algunos conflictos recientes, el Estatuto no exige control efectivo de parte del territorio ni que el conflicto involucre necesariamente a las fuerzas armadas de un país y solamente exige la existencia de un conflicto armado prolongado sea entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados sea entre estos grupos entre sí.

Obviamente, estos esfuerzos para precisar el alcance de las disposiciones sobre conflictos armados no internacionales apuntaron a calmar la inquietud de algunos gobiernos por una eventual injerencia de la Corte en conflictos internos. Con el mismo fin, sumada a los elementos apuntados, se incluyó una cláusula final de salvaguardia por la que se expresa que nada de lo dispuesto en las disposiciones relativas a conflictos armados no internacionales:

“...afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo” <sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Art. 8, ap. d). Este apartado proviene del art. 1 (2), Protocolo Adicional II.

<sup>42</sup> Art. 8, ap. f).

<sup>43</sup> Art. 8, ap. f), *in fine*.

<sup>44</sup> Art. 8, 3.



### III. LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE CRÍMENES DE GUERRA A NUEVAS CATEGORÍAS DE ACTOS PROHIBIDOS

#### 1. Las ofensas de naturaleza sexual

El Estatuto de Roma incorpora por primera vez entre los crímenes de guerra cometidos en ambos tipos de conflictos una categoría independiente de ofensas de naturaleza sexual que incluye actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y otras formas de violencia sexual <sup>45</sup>.

Esta criminalización de actos de violencia sexual constituye un triunfo significativo de un movimiento gestado en los últimos años para reconocer la situación de vulnerabilidad especial de la mujer en situación de conflicto. Este movimiento se inició en el ámbito de los derechos humanos para luego impactar en el derecho internacional humanitario <sup>46</sup>. Las mujeres son las principales víctimas de los conflictos armados, situaciones en que se exacerban las desigualdades que ya existen en todas las sociedades en mayor o menor medida. Las mujeres constituyen el setenta por ciento de la población del mundo que vive en la pobreza, están en posición desventajosa en términos de educación y gozan de menores posibilidades de movilidad en razón de su papel protector tradicional. Lo que es aún más significativo, las mujeres están generalmente excluidas del acceso a las estructuras de poder y de participación en el proceso de toma de decisión con relación al conflicto armado por lo que se encuentran normalmente impedidas en esas situaciones para hacer valer su situación o recomendar acciones preventivas <sup>47</sup>.

La particular debilidad de su situación no fue debidamente contemplada en el derecho internacional humanitario hasta épocas recientes. Pueden encontrarse referencias ocasionales para la protección de las mujeres en algunos códigos militares e instrumentos de derecho internacional humanitario, incluyendo algunos de antigua data, tal como el Código Lieber de 1863 que castiga a los responsables de violaciones cometidas contra habitantes de territorios enemigos. Sin embargo, en general, las violaciones cometidas por soldados durante los conflictos armados han sido toleradas como conducta inevitable durante la guerra o, inclusive, reconocidas como trofeo o premio obtenido por la lucha. Baste como ejemplo en este sentido la institucionalización de la esclavitud sexual en el ejército japonés durante la Segunda Guerra Mundial <sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Ver art. 8, 2 (b) xxii y (e) vi.

<sup>46</sup> Ver sobre este tema GARDAN, Judith, "Women, Human Rights and International Humanitarian Law", en *International Review of the Red Cross*, nro. 324, ps. 421/432, 30 de septiembre de 1990; COTTIER, Michael, en TRIFFTERER, Otto (ed.), *Commentary...*, cit., ps. 248/253.

<sup>47</sup> GARDAN, Judith, "Women...", cit., p. 423.

<sup>48</sup> COTTIER, Michael, "Preliminary...", cit., p. 249.



La violación y otros delitos de naturaleza sexual fueron omitidos de la competencia de los tribunales de posguerra, que no los incluyeron específicamente en los crímenes de su competencia en sus respectivos instrumentos constitutivos. Nadie fue acusado ni enjuiciado por conductas de violación sexual ante el Tribunal de Nuremberg. En cambio, se incluyeron en las acusaciones ante el Tribunal de Tokio algunos cargos de violaciones y se condenaron a algunos individuos por su fracaso en asegurar el cumplimiento del derecho por parte de subordinados. La Ley de Control 10 del Consejo Aliado listaba la violación no como crimen de guerra sino como crimen de lesa humanidad.

El art. 27, párr. 2 del Cuarto Convenio de Ginebra y el art. 76, párr. 1 del Protocolo I señalan que las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, “contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor”. El Protocolo Adicional II prohíbe en su art. 4, ap. 2, inc. e) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor. Estas disposiciones significaron avances significativos en la materia pero en todos los casos, la violación y otras formas de violencia sexual se incluyen como subcategorías de actos “contra la dignidad personal”, “atentados al honor” o “atentados al pudor”, lo que aparece disminuyendo su gravedad como crímenes violentos o perpetuando estereotipos sobre la condición de la mujer en la sociedad. Por otra parte, ninguna de las disposiciones citadas constituye una “infracción grave” por lo que quedaban fuera del sistema represivo penal del derecho internacional humanitario.

Las atrocidades cometidas contra mujeres durante el conflicto en el territorio de la ex Yugoslavia marcaron un verdadero punto de inflexión en esta materia. Produjeron cambios dramáticos en la percepción de la violencia sexual contra las mujeres y galvanizaron la indignación de la comunidad internacional para promover cambios importantes en el derecho internacional humanitario. No obstante, el Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia solamente incluyó la violación entre los crímenes de lesa humanidad pero no entre los crímenes de guerra. La inclusión en una u otra categoría no es indiferente dado que la tipificación como crimen de lesa humanidad implica elevar el umbral para su prosecución al exigir un elemento de escala o sistematicidad ausente de los crímenes de guerra. El Estatuto del Tribunal para Ruanda, adoptado un año después, sí la incluyó entre los crímenes de guerra como parte de las violaciones del Protocolo II que recepta en el art. 4 de su Estatuto.

Es fundamentalmente a partir de la jurisprudencia de ambos tribunales que se abrieron importantes precedentes para la sanción de actos de violencia sexual. A través de una interpretación audaz de las disposiciones contenidas en sus Estatutos constitutivos, estos actos fueron castigados no solamente como crímenes de lesa humanidad sino también como crímenes de guerra, tanto dentro de las categorías de violaciones de usos y costumbres de la guerra o viola-



ciones del art. 3, común, como integrando alguna categoría de graves infracciones (someter a tortura o a otros tratos inhumanos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud). El Tribunal Internacional para Ruanda consideró que actos de violencia sexual podían inclusive ser susceptible de encuadrarse dentro de actos de genocidio <sup>49</sup>.

Las negociaciones del Estatuto de Roma sirvieron de caja de resonancia de estas nuevas tendencias para reconocer adecuadamente la gravedad de los crímenes de naturaleza sexual, y fueron escenario de un intenso movimiento de organizaciones no gubernamentales para impulsar propuestas acordes con aquéllas <sup>50</sup>. La propuesta conjunta de Nueva Zelanda y Suiza sobre crímenes de guerra <sup>51</sup> procuró añadir una referencia expresa al delito de violación dentro de la categoría de infracciones graves <sup>52</sup>, pero esta posibilidad se enfrentó a la oposición de quienes consideraban que el lenguaje de los Convenios de Ginebra sobre infracciones graves, de valor consuetudinario indudable, debía permanecer inalterado en el Estatuto de Roma.

Por ello, los crímenes de naturaleza sexual no fueron incorporados dentro de las infracciones graves sino incluidos como categoría independiente de actos dentro de las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados, aunque con lenguaje que intenta reflejar que estas violaciones son asimilables a infracciones graves. Así el art. 8, 2, b, xxii) relativo a conflictos internacionales del Estatuto quedó redactado de la manera siguiente:

“Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el ap. f) del párr. 2 del art. 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual *que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra*” <sup>53</sup>.

Una formulación equivalente se incluye en el art. 8, 2, e, vi), relativo a violaciones en conflictos armados no internacionales. En este caso la referencia a infracciones graves es reemplazada por “violación grave del art. 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra”.

Cabe destacar que si bien la incorporación de estos actos proviene de reconocer la vulnerabilidad particular de las mujeres en situaciones de conflictos armados, buena parte de las normas que los rigen pueden aplicarse a ambos sexos sin distinción.

<sup>49</sup> Sobre la jurisprudencia de los tribunales internacionales con relación a crímenes de naturaleza sexual ver ASKIN, Kelly D., “Sexual Violence in Decisions and Indictments of the Yugoslav and Ruandan Tribunals. Current Status”, AJIL, vol. 93, nro. 1, January 1999, ps. 97 a 124.

<sup>50</sup> Sobre las negociaciones en la Conferencia de Roma ver STEAINS, Cate, “Gender Issues”, en LEE, Roy S. (ed.) *The International...*, cit., ps. 357/391.

<sup>51</sup> A/A.C.249/1997/WG/1/DP.2, del 14 de febrero de 1997.

<sup>52</sup> La propuesta consistía en añadir la violación al art. 8, 2, a, iii) para que leyera “Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud, incluyendo la violación”.

<sup>53</sup> La bastardilla es nuestra.



Dentro de los actos enumerados, el embarazo forzado resultó el más controvertido por su eventual impacto sobre la cuestión del aborto. Esta figura procuraba encapsular las prácticas recientes en el conflicto de los Balcanes en las que, con el objetivo de alterar la composición étnica de la población, se había violado y ulteriormente privado de libertad a mujeres bosnias con el objetivo de obligarlas a llevar a término el embarazo. La Santa Sede, apoyada por países árabes y de América latina, argumentó que la criminalización del embarazo forzado podía conducir a interpretar *a contrario sensu* que en caso de violación el aborto era legítimo o que leyes nacionales prohibitivas del aborto en general eran criminales en razón de que generaban la obligación de llevar a término el embarazo. Para evitar esta interpretación, se sugirió reemplazar el concepto de “embarazo forzado” por el de “impregnación forzada”, que era prácticamente equivalente al de violación por lo que no daba cuenta de todos los elementos de la práctica desarrollada en Bosnia.

La conexión de este tema con el aborto generó una apasionada división entre delegaciones, fuertemente alimentada por la activa presión ejercida por numerosas organizaciones no gubernamentales de distinto signo. El compromiso final se logró sobre la base de describir expresamente la práctica que se deseaba condenar, de manera de limitar los alcances de la figura y de desvincularla, también expresamente, de leyes nacionales en materia de aborto. Este compromiso, aunque negociado en el contexto de las discusiones de crímenes de guerra, fue incorporado en las definiciones de crímenes de lesa humanidad. Allí se expresa que:

“Por ‘embarazo forzado’ se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo”<sup>54</sup>.

## **2. Los ataques contra el personal de las Naciones Unidas y personal asociado**

En 1994, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención sobre Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y Personal Asociado. Esta Convención fue elaborada en pocos meses como respuesta a la preocupación generada por el alarmante número de ataques de que estaba siendo objeto el personal de las Naciones Unidas y contingentes militares asignados a operaciones de mantenimiento de la paz y otro personal de las Naciones Unidas. En agosto de 1993, el secretario general produjo un informe sobre el tema,

<sup>54</sup> Art. 7, 2 f).



en el que señalaba varias medidas prácticas que podían tomarse para aumentar la seguridad, incluyendo la elaboración de una convención para codificar y desarrollar las normas existentes en esta materia <sup>55</sup>. En una nota posterior, el secretario general brindaba estadísticas alarmantes sobre el número de muertos y heridos del personal de las Naciones Unidas y de los contingentes militares asignados a las operaciones de mantenimiento de la paz, con el agravante de que algunas muertes respondían a ejecuciones deliberadas, lo que demostraba que el emblema de las Naciones Unidas no solamente ya no protegía como en el pasado sino que convertía en verdadero blanco a quienes lo portaban <sup>56</sup>.

La acelerada elaboración de la Convención reveló que la comunidad internacional, en particular los países contribuyentes de tropas, compartía la preocupación de la Organización. Asimismo, permitió acelerar el ritmo, el hecho de que el proyecto de convención seguía el modelo de precedentes bien conocidos en virtud de las múltiples convenciones antiterroristas vigentes. Al igual que muchas de ellas, la Convención contenía un mecanismo para la represión penal de los autores individualmente responsables de dichos ataques basado en la criminalización de los hechos y en el enjuiciamiento de los responsables sobre la base del principio de jurisdicción universal y de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*).

No obstante, la preocupación compartida por prevenir ataques, los esfuerzos para definir las operaciones de Naciones Unidas y personal a proteger, habían generado una controversia de alta sensibilidad política, reveladora del grado de discrepancia entre Estados sobre el funcionamiento del sistema de seguridad colectiva y de las operaciones de mantenimiento de la paz. En un extremo del espectro se situaban quienes deseaban un ámbito restringido limitado a las operaciones de mantenimiento de la paz de tipo tradicional, realizadas bajo el capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas con el consentimiento del Estado receptor. En el otro extremo, los países occidentales, con sus tres miembros permanentes del Consejo de Seguridad a la cabeza (Estados Unidos, Francia y Reino Unido), defendían una cobertura amplia de todas las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, incluyendo las ordenadas bajo el capítulo VII de la Carta, sin el consentimiento del Estado receptor. Se argumentaba que la limitación a operaciones de tipo clásico dejaría fuera a numerosas operaciones recientes de nueva generación, incluyendo aquellas realizadas en territorios donde la falta de autoridades constituidas hacía de todas maneras imposible la obtención del consentimiento <sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Doc. ONU, A/4/349-S/263583.

<sup>56</sup> Nota del Secretario General, Doc. A/ac.242/1 (1994).

<sup>57</sup> Sobre la historia de la negociación de la Convención ver FERNÁNDEZ de GURMENDI, Silvia A., "The Legal Status of UN Peacekeepers in the Field: Security and Safety/Criminal and Disciplinary Law", en *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence*, Joint Conference of



Las disposiciones contenidas en los arts. 1 y 2 de la Convención reflejan los distintos compromisos logrados en torno a estos temas y otras cuestiones conexas. La Convención solamente ampara a las operaciones de mantenimiento de la paz. Las demás operaciones, humanitarias u otras, no quedan automáticamente cubiertas y la Convención sólo se aplicará cuando el Consejo de Seguridad o la Asamblea de las Naciones Unidas declare una situación de riesgo excepcional <sup>58</sup>. Con relación a la discrepancia más importante relativa al requerimiento del consentimiento del Estado receptor, se decidió finalmente amparar a todas las operaciones ordenadas por las Naciones Unidas, sea bajo el capítulo VI o el capítulo VII.

La Convención no resulta aplicable en circunstancias en que fuera aplicable el derecho internacional humanitario, a fin de evitar la superposición de ambos regímenes. Por ello, la Convención deja de aplicarse en aquellos casos en que se reúnan las tres condiciones siguientes: a) la operación constituye una acción coercitiva con arreglo al capítulo VII; b) los miembros del personal intervienen como combatientes contra fuerzas armadas organizadas; y c) se aplica el derecho de conflictos armados internacionales <sup>59</sup>.

Un año después de la adopción de esta Convención se iniciaron las negociaciones del Estatuto de Roma y se propuso incluir las violaciones a la misma dentro de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. Se argumentó la gravedad excepcional de estos crímenes contra personas que actuaban en representación de la comunidad internacional. Se señaló, asimismo, que estos crímenes se cometían en circunstancias en que probablemente los sistemas nacionales de represión o de justicia penal no funcionaban adecuadamente, por lo que la posibilidad de intervención de la Corte Penal Internacional permitía llenar una laguna importante <sup>60</sup>.

La propuesta se enfrentó obviamente con la objeción de que la Convención respectiva ni siquiera estaba en vigor en la época de las negociaciones. Lo que era aún más grave, la Convención seguía enfrentando resistencias en numerosos países que objetaban su interpretación amplia de operación de mantenimiento de la paz y un insuficiente reconocimiento del requerimiento de consentimiento por parte de los Estados.

Gracias en gran parte a la tenacidad de la delegación de España, la propuesta, que parecía destinada a desaparecer, fue incluida en el proyecto de Estatuto remitido por el Comité Preparatorio a la Conferencia de Roma <sup>61</sup>. A fin

---

the American Society of International Law y Nederlandse Vereniging voor International Recht, T. M. C. Asser Instituut, The Hague, The Netherlands, 1995, ps. 393/399.

<sup>58</sup> Art. 2, c. ii).

<sup>59</sup> Art. 2, párr. 2.

<sup>60</sup> Report of the Ad Hoc Committee, cit., p. 18 e Informe del Comité Preparatorio, cit., p. 29.

<sup>61</sup> A/CONF. 183/2/Add. 1, p. 28.



de desligar su suerte de la de los crímenes definidos por tratados, se proponía una definición independiente de “crímenes contra las Naciones Unidas y el personal asociado”, que aunque estaba basada en la Convención de 1994, no hacía referencia alguna a este instrumento. Como opción, se proponía añadir un elemento de escala similar al propuesto para los crímenes de lesa humanidad, por el que se exigía que los actos se realizaran en forma sistemática o generalizada. Se añadía además el requisito de una motivación específica, por el que se exigía que los actos fueran llevados a cabo con el fin de impedir que la operación cumpliera con su mandato o para obstaculizar el cumplimiento de ese mandato.

En el párr. 2 de la propuesta se apuntaba a evitar que se superpusiera la aplicación del artículo con el régimen del derecho internacional humanitario. Este párrafo, prácticamente idéntico a la disposición contenida en la Convención de 1994, disponía que:

“Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a las operaciones de las Naciones Unidas autorizadas por el Consejo de Seguridad como acción coercitiva, con arreglo al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, en que el personal intervenga como combatiente contra fuerzas armadas organizadas y a las que sea aplicable el derecho internacional en materia de conflictos armados”.

La Conferencia de Roma por primera vez cambió radicalmente la aproximación a este tema al sugerir que se incluyan a los ataques contra las Naciones Unidas dentro de los crímenes de guerra.

La tipificación de los ataques como crímenes de guerra invertía los términos de la ecuación pero con resultados similares. Los ataques eran considerados crímenes solamente cuando el personal no fuera asimilable a combatientes y tuviera derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles. La disposición que finalmente quedó incorporada en el art. 8, b, iii) del Estatuto de Roma define como crimen de guerra el acto de:

“Dirigir intencionalmente ataques contra el personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados”.

Las categorías de operaciones cubiertas son sensiblemente mayores que las amparadas por la Convención de 1994 en cuanto se refiere a misiones de mantenimiento de paz y de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta. Sin embargo, con ella no se amplía sustancialmente la protección que este personal y objetos tendría, de todas maneras, en su carácter de personal y objetos civiles, en el derecho internacional humanitario. Por ello, la disposición es importante no tanto por lo que agrega desde el punto de vista técnico sino por el mensaje político que envía. Comporta, en efecto, el reconocimiento expreso por parte de la comunidad internacional de que ataques contra quienes partici-



pan en operaciones de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria constituyen graves crímenes que conciernen a la comunidad internacional en su conjunto <sup>62</sup>.

#### IV. LA DEFINICIÓN DE UN UMBRAL DE GRAVEDAD

A las dificultades para seleccionar los actos prohibidos se sumó el planteo de la cuestión del umbral de gravedad que debían contener dichos actos para formar parte de la competencia de la Corte. Los Estados Unidos, en particular, argumentaron que algunas infracciones graves no debían ser de competencia de la Corte si eran cometidas en forma aislada y que, de manera similar a los crímenes de lesa humanidad, solamente justificaban su intervención cuando fueran realizadas como parte de una política o en forma masiva o generalizada.

El texto presentado por los Estados Unidos en 1997 <sup>63</sup> contenía un párrafo por el que se disponía que los actos definidos como crímenes de guerra solamente serían de competencia de la Corte cuando fueran cometidos como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. Esta propuesta, para establecer algún tipo de umbral de gravedad o filtro jurisdiccional, fue rechazada por la mayoría que temía erosionar el valor de las normas de derecho internacional humanitario.

Finalmente, como solución de compromiso, se acordó incorporar un párrafo introductorio a las distintas categorías de actos que constituyen crímenes de guerra de competencia de la Corte, el cual reproduce el umbral de gravedad propuesto por los Estados Unidos pero con una diferencia fundamental. De la manera en que quedó redactada la disposición, este umbral no es un elemento de la definición de crímenes de guerra sino solamente una cláusula no mandatoria para el ejercicio de competencia por parte de la Corte, por la que se prevé que:

“La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra *en particular* cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes” <sup>64</sup>.

#### V. CONCLUSIONES

La interpretación restrictiva del principio de legalidad en su doble dimensión de *nullum crimen sine lege* y *nullum crimen sine poena*, constituye en sí misma una contribución considerable del Estatuto de Roma aunque al respecto es importante recordar que esta interpretación restrictiva está limitada a la apli-

<sup>62</sup> HEBEL, Herman von - DARRYL, Robinson, “Crimes within the Jurisdiction of the Court, the International Criminal Court”, en LEE, Roy S. (ed.), *The International...*, cit., p. 110.

<sup>63</sup> A/AC.249/1997/WG.1/DP.1, del 14 de febrero de 1997.

<sup>64</sup> La bastardilla nos pertenece.



cación del Estatuto y de ninguna manera pretende dirimir la controversia sobre las modalidades de observancia de este principio en el derecho internacional. El art. 10, Estatuto de Roma expresamente señala en este sentido que nada de lo dispuesto:

“se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”.

Y el art. 22, reitera en su párr. 3 que:

“Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto”.

La interpretación restrictiva del principio de legalidad obligó a un monumental esfuerzo de codificación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, que representa probablemente uno de los mayores aportes del Estatuto de Roma al derecho internacional. Las definiciones contenidas en los arts. 6 a 8 del Estatuto, complementadas por los elementos de los crímenes, proporcionan elementos de certeza a principios y normas de reconocido valor consuetudinario. Al mismo tiempo, las definiciones del Estatuto avanzan con paso innovador en ciertos aspectos, consolidando nuevas tendencias y abriendo nuevos caminos en un verdadero ejercicio de desarrollo progresivo del derecho internacional.

La extensión del concepto de crímenes de guerra a los conflictos armados de índole no internacional es, sin duda, uno de los desarrollos más notables. Esta extensión del concepto mismo de crimen de guerra se ve acompañada de una ampliación considerable de su contenido a través de un listado extenso de categorías de actos prohibidos en ambos tipos de conflicto, entre los cuales se destaca la consagración de numerosas ofensas de naturaleza sexual, en continuación de los precedentes abiertos por la jurisprudencia de los tribunales especiales para la ex Yugoslavia y, más especialmente, del Tribunal Especial para Ruanda.

La codificación efectuada también presenta falencias, resultantes de compromisos necesarios para permitir el progreso de la negociación multilateral. El Estatuto reafirma la tendencia a diluir el tratamiento entre conflictos internacionales y conflictos internos pero no llega a equiparar totalmente a ambos. Por el contrario, mantiene la división tradicional y proporciona para cada uno de ellos una lista diferentes de actos prohibidos, revelando que los Estados aún no están dispuestos a aceptar autolimitarse en conflictos que ocurran dentro de su propio territorio en términos idénticos a los que pueden aceptar en conflictos internacionales. Más aún, el Estatuto de Roma refleja la fuerte resistencia a autolimitarse, cualquiera sea el tipo de conflicto, tal como lo demuestra la reducida lista de armamentos finalmente prohibidos para los conflictos armados internacionales.



Más allá de la inclusión o exclusión de cierto tipo de actos, el Estatuto contiene disposiciones que reflejan la particular resistencia a someter los crímenes de guerra a la competencia de la Corte Penal Internacional. Entre tales disposiciones, figura la inclusión explícita —aunque no mandatoria— de un umbral de gravedad por el que se recomienda a la Corte que solamente intervenga respecto de crímenes de guerra cuando éstos sean parte de un plan o política o de una comisión en gran escala. El art. 124, por el cual se concede a los Estados la posibilidad de optar por no reconocer la competencia de la Corte Penal Internacional sobre crímenes de guerra por un período de 7 años, representa una prueba aún más clara de esa resistencia, aunque resulta alentador que hasta el presente solamente dos Estados hayan hecho uso de esta opción <sup>65</sup>.

Estas falencias obligan a celebrar con sobriedad los avances logrados en el Estatuto de Roma. No deben conducir, sin embargo, a subestimar la importancia y significado de estos avances, que comportan, sin lugar a dudas, una considerable extensión del sistema de represión penal del derecho internacional humanitario.

<sup>65</sup> Al 30 de octubre de 2002 sólo Francia y Colombia.